Background Paper BP-289E

OBSCENITY: THE DECISION OF THE SUPREME COURT OF CANADA IN *R.* v. *BUTLER*

James R. Robertson
Law and Government Division

March 1992

Library of Parliament
Bibliothèque du Parlement

Research Branch

93-01772/

The Research Branch of the Library of Parliament works exclusively for Parliament, conducting research and providing information for Committees and Members of the Senate and the House of Commons. This service is extended without partisan bias in such forms as Reports, Background Papers and Issue Reviews. Research Officers in the Branch are also available for personal consultation in their respective fields of expertise.

©Minister of Supply and Services Canada 1992
Available in Canada through
your local bookseller
or by mail from
Canada Communication Group -- Publishing
Ottawa, Canada K1A OS9

Catalogue No. YM32-2/289E
ISBN 0-660-14580-4

CE DOCUMENT EST AUSSI PUBLIÉ EN FRANÇAIS

CANADA

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

OBSCENITY: THE DECISION OF THE SUPREME COURT OF CANADA IN *R.* v. *BUTLER*

INTRODUCTION

On 27 February 1992, the Supreme Court of Canada handed down its decision in the case of *R.* v. *Butler*. (1) This case concerned the constitutionality of the obscenity provisions of the *Criminal Code*. The Court held that the prohibition against pornography contravened the freedom of expression guarantee in section 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, but went on to hold that the section could be demonstrably justified under section 1 of the Charter as a reasonable limit prescribed by law. In the result, the provisions were upheld.

In the *Butler* case, the Supreme Court of Canada has provided a fair amount of guidance on how the issue of obscenity is to be dealt with by the courts. The case is important in its recognition of the harm that pornography can cause, both to society generally and to women in particular. The Court accepted that the means to control such harm may be imperfect, but maintained that Parliament was justified in passing such a law. Mr. Justice Sopinka, writing on behalf of the Court, said that, while a direct link between obscenity and harm to society may not be conclusively established, there was nevertheless sufficient evidence that depictions of degrading and dehumanizing sex do harm society, and, in particular, adversely affect attitudes towards women. He held that the overriding objective of the law was not moral approbation but the avoidance of harm to

---

(1) File No. 22191 - unreported at the time this paper was prepared.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

society, and that the threat to equality resulting from exposure to certain types of violent and degrading material cannot be ignored.

Pornography, or obscenity, is an extremely complex and difficult moral and legal issue.(2) Recent legislative attempts to reform the law have been unsuccessful. Feminists and civil libertarians put forward starkly different arguments; many traditional allies tend to find themselves on opposites sides of this issue.

BACKGROUND

The *Butler* case arose in Winnipeg when the accused opened a shop that sold and rented "hard core" videotapes and magazines as well as sexual paraphernalia. He was charged with 250 counts of selling obscene material, possessing obscene material for the purpose of distribution or sale, and exposing obscene material to public view, contrary to section 159 (now 163) of the *Criminal Code*. Section 163(8) of the Code provides that any publication of which a dominant characteristic is the undue exploitation of sex, or sex together with crime, horror, cruelty or violence, shall be deemed to be obscene.

The trial judge(3) concluded that the obscene material was protected by the guarantee of freedom of expression in section 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He also held that *prima facie* only those materials that contained scenes involving violence or cruelty intermingled with sexual activity, or that depicted lack of consent to sexual contact or that could otherwise be said to dehumanize men or women in a sexual context were legitimately proscribed under section 1 of the Charter. He convicted the accused on eight counts relating to eight films and entered acquittals on the remaining charges.

---

(2) See *Pornography*, Library of Parliament, Current Issue Review 84-3.

(3) (1989), 60 Man. R. (2d) 82, 50 C.C.C. (3d) 97, [1989] 6 W.W.R. 35, 72 C.R. (3d) 18, 46 C.R.R. 124 (Manitoba Queen's Bench).

RECYCLED RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

The Crown appealed the acquittals, and the Manitoba Court of Appeal, in a three-to-two decision,(4) allowed the appeal and entered convictions with respect to all counts. The majority of the Court of Appeal concluded that the materials in question fell outside the protection of the Charter since they constituted purely physical activity and involved the undue exploitation of sex and the degradation of human sexuality. Two justices of the Court of Appeal wrote dissenting judgments.

On a further appeal to the Supreme Court of Canada, two constitutional questions were raised:

1. Does section 163 of the *Criminal Code* violate section 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ?
2. If it does violate section 2(b), can section 163 of the *Criminal Code* be demonstrably justified under section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law?

REASONS OF MR. JUSTICE SOPINKA

Mr. Justice Sopinka, writing on behalf of the Court, noted that other subsections of section 163 raise substantial Charter issues, but that this case was confined to an examination of the constitutional validity of section 163(8) alone.

He traced the legislative history of the obscenity provisions of the *Criminal Code*, and also reviewed the judicial interpretation of section 163(8). The caselaw has established that the statutory definition in the section is an exhaustive test of obscenity with respect to "publications," a term which has been held to encompass sex devices and other objects that have the exploitation of sex as a dominant characteristic.

In order for a work or object to qualify as "obscene," exploitation of sex must not only be its dominant characteristic, but must also be "undue." In determining when the exploitation of sex will be

---

(4) (1990), 60 C.C.C. (3d) 219, [1991] 1 W.W.R. 97, 1 C.R. (4th) 309 (Man. C.A.).

RECYCLED RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

considered "undue," the courts have attempted to formulate workable tests, the most important of which is the "community standard of tolerance" test, which has been the subject of extensive judicial analysis. The community standards test is concerned not with what Canadians would not tolerate being exposed to themselves, but with what they would not tolerate other Canadians being exposed to. The test must necessarily respond to changing mores.

There has been a growing recognition in recent cases that material that may be said to exploit sex in a "degrading or dehumanizing" manner will necessarily fail the community standards test, even in the absence of cruelty or violence. This is because such material is perceived as harmful to society, particularly women.

At the same time, the last step in the analysis of whether the exploitation of sex is undue is the "internal necessities test," or "artistic defence." If, after considering the work as a whole, it can be concluded that there is a serious artistic purpose, and that the exploitation has a justifiable role in advancing the plot or theme, then the exploitation of sex can be deemed to have a legitimate role when measured against the internal necessities of the work itself.

As Mr. Justice Sopinka pointed out, the review of jurisprudence fails to specify the relationship of the tests one to another. This hiatus in the jurisprudence has left the legislation open to attack on the ground of vagueness or uncertainty, and "this lacuna in the interpretation of the legislation must, if possible, be filled before subjecting the legislation to Charter scrutiny" (p. 30 of his reasons for judgment).

Mr. Justice Sopinka divided pornography into three categories: (1) explicit sex with violence; (2) explicit sex without violence but which subjects people to treatment that is degrading or dehumanising; and (3) explicit sex that is without violence and is neither degrading or dehumanizing. The courts, he went on, have to determine, as best they can, to what the community will tolerate others being exposed, on the basis of the degree of harm that may flow from such exposure, that is, the degree to which it predisposes persons to act in an anti-social manner -- for example, to engage in the physical or mental mistreatment of women.

RECYCLED RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

The stronger the risk of harm, the lesser the likelihood of tolerance. Mr. Justice Sopinka then returned to the three categories of pornography that he had posited:

> ... [T]he portrayal of sex coupled with violence will almost always constitute the undue exploitation of sex. Explicit sex which is degrading or dehumanizing may be undue if the risk of harm is substantial. Finally, explicit sex that is not violent and neither degrading nor dehumanizing is generally tolerated in our society and will not qualify as the undue exploitation of sex unless it employs children in its production. (p. 32 of his reasons for judgment)

The need to apply the "internal necessities" test arises only if a work contains sexually explicit material that by itself would constitute the undue exploitation of sex. The issue then becomes whether this portrayal of sex is the main object of the work or whether it is essential to a wider artistic, literary, or other similar purpose. Artistic expression rests at the heart of freedom of expression values, and Mr. Justice Sopinka felt that any doubt in this regard must be resolved in favour of freedom of expression.

Mr. Justice Sopinka turned next to the question of whether section 163(8) violates the freedom of expression guarantee in section 2(b) of the Charter. He rejected the view of the majority of the Manitoba Court of Appeal, that the materials in the case lacked expressive content, and that vehicles of expression fell outside the protected sphere of activity. He also rejected the argument that a distinction could be made between films and written works.

In light of the Supreme Court of Canada's ruling in *R. v. Keegstra*, a generous approach is to be given to the protection afforded by section 2(b) of the Charter. Both the purpose and effect of section 163 is specifically to restrict the communication of certain types of materials on the basis of their content. By seeking to prohibit certain types of expressive activity, the section thereby infringes section 2(b) of the Charter.

Having thus found that the *Charter of Rights and Freedoms* has been infringed, the analysis proceeds to section 1: does section 163(8)

RECYCLED RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

constitute such a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society?

It was argued that section 163 is so vague that it is impossible to apply. Is it "so obscure as to be incapable of interpretation with any degree of precision using the ordinary tools"? Mr. Justice Sopinka looked at the manner in which the provision has been judicially interpreted. The fact that a particular term is open to varying interpretations by the courts is not fatal; flexibility and vagueness are not synonymous. Standards that escape precise technical definition, such as "undue," are an inevitable part of the law. He concluded that the interpretation of section 163(8) in previous judgements provides an "intelligible standard."

It was also argued that there are several pressing and substantial objectives that justify overriding the freedom to distribute obscene materials, including the avoidance of harm resulting from anti-social attitudinal changes brought about by exposure to obscene material, and the public interest in maintaining a "decent society." Against this, it was argued that the objective of section 163 is to have the state act as "moral custodian" in sexual matters and to impose subjective standards of morality.

While Parliament cannot impose a certain standard of public and sexual morality, in light of the Charter it does have the right to legislate on the basis of some fundamental conception of morality in order to safeguard the values integral to a free and democratic society. Much of the criminal law is based on moral conceptions of right and wrong, and the mere fact that a law is grounded in morality does not automatically render it illegitimate. In the view of Mr. Justice Sopinka, the overriding objective of section 163 is not moral disapprobation but the avoidance of harm to society.

Mr. Justice Sopinka considered whether the prevention of harm likely to be caused by the dissemination of certain obscene materials constitutes a sufficiently pressing and substantial concern to warrant a restriction on freedom of expression. He noted that there is a growing concern that depicting the exploitation of women and children in

RECYCLED · RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

publications and films can, in certain circumstances, lead to "abject and servile victimization." If true equality between male and female persons is to be achieved, we cannot ignore the threat to equality resulting from exposing audiences to certain types of violent and degrading material. He thus concluded that legislation proscribing obscenity has a valid objective that justifies some encroachment on the right to freedom of expression. Such legislation can be found in most free and democratic societies, and the advent of the Charter did not have the effect of dramatically depriving Parliament of a power which it had historically enjoyed. The provision is consistent with Canada's international obligations, and was found to be compatible with the *Canadian Bill of Rights*.

Mr. Justice Sopinka continued:

> ...[T]he burgeoning pornography industry renders the concern even more pressing and substantial than when the impugned sections were first enacted. I would therefore conclude that the objective of avoiding the harm associated with the dissemination of pornography in this case is sufficiently pressing and substantial to warrant some restriction on full exercise of the right to freedom of expression. (p. 48 of his reasons for judgment)

On the question of proportionality, there are three aspects: the existence of a rational connection between the impugned measures and the objective, minimal impairment of the right or freedom, and a proper balance between the effects of the limited measures and the legislative objective. Mr. Justice Sopinka noted that in assessing whether the proportionality test is met, it is important to keep in mind the nature of the expression which has been infringed. The values which underlie the protection of freedom of expression relate to the search for truth, participation in the political process, and individual self-fulfilment. The objective of the impugned provision is not to inhibit the celebration of human sexuality. Mr. Justice Sopinka said: "In my view, the kind of expression which is sought to be advanced does not stand on equal footing with other kinds of expression which directly engage the 'core' of the freedom of expression values" (p. 51 of his reasons for judgment). This conclusion, he stated, is further buttressed by the fact that the targeted

RECYCLED RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

material is expression which is motivated, in the overwhelming majority of cases, by economic profit, and thus restrictions may be easier to justify than in the case of other infringements.

The rational link between section 163 and the objective of Parliament relates to the actual causal relationship between obscenity and the risk of harm to society at large. While a direct link between obscenity and harm to society may be difficult, if not impossible, to establish, it is reasonable to presume that exposure to images can cause changes in attitudes and beliefs. The question is not whether there is conclusive proof of a causative link but whether Parliament had a reasonable basis for acting. Mr. Justice Sopinka felt that Parliament was entitled to have a "reasoned apprehension of harm" resulting from desensitization of individuals through their exposure to materials depicting violence, cruelty and dehumanization in sexual relations: "Accordingly, I am of the view that there is a sufficiently rational link between the criminal sanction, which demonstrates our community's disapproval of the dissemination of materials which potentially victimize women and which restricts the negative influence which such materials have on changes in attitudes and behaviour, and the objective" (p. 55-56 of his reasons for judgment).

Mr. Justice Sopinka also pointed out that it is not necessary that the legislative scheme be the "perfect" scheme, but rather that it be appropriately tailored in the context of the infringed right. There are several factors that contribute to the finding that the provision minimally impairs the infringed freedom. First, it does not proscribe sexually explicit erotica that is without violence and is not degrading or dehumanizing. It is designed to catch material that creates a risk of harm to society; actual proof of harm is not required, so long as there is a reasonable basis for concluding that harm will result. Second, materials that have scientific, artistic or literary merit are not captured by the provision. Third, it is legitimate for the Court to take into account Parliament's past abortive attempts to replace the definition with one that is more explicit. Fourth, the Court has held that the impugned section does not extend its reach to private use or viewing of obscene materials:

RECYCLED · RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

only the public distribution and exhibition of obscene materials is in issue.

As for the argument that alternative, less intrusive measures could be adopted, Mr. Justice Sopinka said:

> Once it has been established that the objective is the avoidance of harm caused by the degradation which many women feel as "victims" of the message of obscenity, and the negative impact exposure to such material has on perceptions and attitudes toward women, it is untenable to argue that these harms could be avoided by placing restrictions on access to such materials. Making the materials more difficult to obtain by increasing their cost and reducing their availability does not achieve the same objective. (p. 60 of his reasons for judgment)

Moreover, alternatives such as education, shelter and assistance to battered women and so forth are responses to the harm resulting from negative attitudes to women. The obscenity provisions, on the other hand, are designed to control the dissemination of the very images that contribute to such attitudes. "[G]iven the gravity of the harm, and the threat to the values at stake, I do not believe that the measure chosen by Parliament is equalled by the alternatives which have been suggested" (p. 61 of his reasons for judgment). Education can be used to combat negative attitudes to women, but cannot be relied on alone. "Serious social problems such as violence against women require multi-pronged approaches by government. Education and legislation are not alternatives but complements in addressing such problems" (p. 61 of his reasons for judgment).

Mr. Justice Sopinka also felt that the restriction on freedom of expression does not outweigh the importance of the legislative object. It is aimed at avoiding harm, and thus seeks to enhance respect for all members of society, and to promote non-violence and equality in their relations with each other.

In conclusion, Mr. Justice Sopinka said that while section 163(8) infringes section 2(b) of the Charter (freedom of expression), it constitutes a reasonable limit and is thus saved by virtue of the

RECYCLED · RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

provisions of section 1. He allowed the appeal, and directed a new trial on all charges.

REASONS OF MR. JUSTICE GONTHIER

Justices L'Heureux-Dube and Gonthier agreed generally with Mr. Justice Sopinka's reasons, but added a few comments of their own. As Mr. Justice Gonthier explained, it is the combination of *representation* and *content* of obscene materials that attracts criminal liability. Obscenity is not limited to sexual acts prohibited in the *Criminal Code*. Parliament ascribes a broader content to obscenity because it involves representation: acts that if carried out between consenting adults might be legal become obscene when they are represented.

The combination of representation and content that constitutes obscenity leads to many ills. Obscene materials create a distorted view of human sexuality, and can induce attitudinal and behaviourial changes that may lead to abuse and harm.

Through section 163 of the *Criminal Code,* Parliament only prohibits, and does not regulate, the circulation of obscene materials. The audience to which the materials are shown or made available is not relevant. Obscenity is concerned with materials for which the mere fact of availability to the public at large is sufficient to warrant criminal prohibition, irrespective of into whose hands they actually fall.

With respect to Mr. Justice Sopinka's three-part classification of pornography, Mr. Justice Gonthier differed only with respect to the third category of materials, in that he was not prepared to affirm as boldly as his colleague that it escapes the application of section 163(8). Mr. Justice Sopinka's classification focused only on content, and ignored the representation. It is conceivable that representation may cause harm, even if its actual content may not be seen as harmful. As Mr. Justice Gonthier expressed it, "even if the content is not as such objectionable ... the manner in which the material is presented may turn it from innocuous to socially harmful. After all, it is the element of representation that gives this material its power of suggestion, and it seems quite

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

conceivable that this power may cause harm despite the apparent neutrality of the content" (p. 10 of his reasons for judgment).

Differences between the various media, in Mr. Justice Gonthier's view, are not sufficiently acknowledged in opinions dealing with section 163 of the *Criminal Code*. The likelihood of harm, and the tolerance of the community, may vary according to the medium of representation, even if the content remains the same, or is not objectionable. Thus, materials falling within Mr. Justice Sopinka's third category -- explicit sex with neither violence nor degradation or dehumanization -- while generally less likely to cause harm may nevertheless come within the definition of obscenity in section 163(8) if their content (for example, child pornography) or their representational element (the manner of representation) is found to be conducive to harm.

Mr. Justice Gonthier also discussed the concepts of tolerance and harm. The assessment of the risk of harm depends on the tolerance of the community. Tolerance means not only tolerance of the materials, but also tolerance of the harm that they may bring about, which is fully in accordance with the emphasis the Court put on harm as the central element in the interpretation of section 163. If the community cannot tolerate the risk of harm, then even materials with non-violent, non-degrading, non-dehumanizing content can constitute undue exploitation of sex.

Mr. Justice Gonthier agreed with Mr. Justice Sopinka with respect to the constitutional aspects of the case, and added some comments of his own. He agreed that Parliament can legislate to protect "fundamental conceptions of morality," although not all moral claims will be sufficient to warrant an override of Charter rights. Moral claims must be grounded, and must involve concrete problems rather than differences of opinion or taste. Moreover, a consensus must exist among the population on these claims. He agreed that the prevention of harm is a moral objective that is valid under section 1 of the Charter.

RECYCLED · RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

CONCLUSIONS

R. v. *Butler* is a very important decision for a number of reasons. It lays to rest for the time being any doubts about the constitutionality of the obscenity provisions in the *Criminal Code*. There are many problems and concerns with these sections, but they are at least known. When the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was introduced, one of the concerns was that it would be used to strike down many laws. Recent cases involving abortion, mental incapacity, the "rape shield" law, and others seemed to bear out these concerns. In addition to giving rise to concerns that the courts might substitute their judgment for that of politicians, these cases also led to uncertainty and chaos. In *Butler*, however, the Court has upheld Parliament's approach to obscenity.

Recent attempts, in 1986 and 1988, to reform the law relating to obscenity were unsuccessful, and were strongly opposed by certain groups. It would have been difficult to enact any new law, had the existing provisions been struck down; moreover, it generally takes a great deal of time and energy to pass such a law. In any event, it is possible that it would be very difficult to achieve any consensus on what should replace the existing provisions. It is interesting that in deciding whether the provision minimally impairs the freedom of expression, Mr. Justice Sopinka took into account "Parliament's past abortive attempts to replace the definition with one that is more explicit."

The *Butler* decision is also extremely important in its recognition of the harm to society generally and to women in particular that is associated with demeaning and dehumanizing depictions of sex. According to a U.S. expert, the Court's decision has made Canada the first country in the world to recognize in its law a link between hard-core pornography and violence against women. Feminists, women's groups, and others have applauded the Court's decision. The fact that the decision was unanimous -- although two of the nine Supreme Court Justices would have gone further -- is particularly important in this regard. The decision sends a very strong and unequivocal message.

RECYCLED / RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

The decision also provides guidance for the application of the obscenity provisions. Mr. Justice Sopinka's analysis of the tests to determine what constitutes "undue exploitation" -- the community standards test, the degradation or dehumanization test, and the internal necessities test or artistic defence -- is very clear and helpful. His categorization of pornography is also useful, despite the disagreement among the Supreme Court justices on his third category.

RECYCLED · RECYCLÉ

Étude générale BP-289F

OBSCÉNITÉ: LA DÉCISION DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA DANS L'AFFAIRE *R.* c. *BUTLER*

James R. Robertson
Division du droit et du gouvernement

Mars 1992

Bibliothèque du Parlement
Library of Parliament

Service de recherche

Le Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement travaille exclusivement pour le Parlement, effectuant des recherches et fournissant des informations aux parlementaires et aux comités du Sénat et de la Chambre des communes. Entre autres services non partisans, il assure la rédaction de rapports, de documents de travail et de bulletins d'actualité. Les attachés de recherche peuvent en outre donner des consultations dans leurs domaines de compétence.

©Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1992
En vente au Canada chez
votre libraire local
ou par la poste auprès du
Groupe Communication Canada -- Édition
Ottawa, Canada K1A OS9

N° de catalogue YM32-2/289F
ISBN 0-660-93845-6

THIS DOCUMENT IS ALSO PUBLISHED IN ENGLISH

CANADA
LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

OBSCÉNITÉ : LA DÉCISION DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA DANS L'AFFAIRE *R.* c. *BUTLER*

INTRODUCTION

Le 27 février 1992, la Cour suprême du Canada a rendu sa décision dans l'affaire *R.* c. *Butler* (1). Dans cette affaire, le plus haut tribunal du pays avait été appelé à pencher sur la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* en matière d'obscénité. La Cour a jugé que l'interdiction visant la pornographie violait la liberté d'expression garantie à l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais qu'elle était justifiable en vertu de l'article 1, puisqu'il s'agit d'une limite raisonnable prescrite par une règle de droit. Par conséquent, les dispositions ont été maintenues.

Dans l'arrêt *Butler*, la Cour suprême du Canada a formulé un assez bon nombre de directives quant à la façon dont les tribunaux doivent aborder la question de l'obscénité. Cette affaire est importante, car elle reconnaît le préjudice que peut entraîner la pornographie, tant pour la société en général que pour les femmes en particulier. Selon la Cour, les moyens utilisés pour limiter ce préjudice sont sans doute imparfaits, mais le Parlement est justifié d'adopter une loi à cet égard. M. le juge Sopinka, au nom du tribunal, a déclaré que même s'il peut être difficile d'établir l'existence indubitable d'un lien direct entre l'obscénité et le préjudice causé à la société, il existe néanmoins suffisamment de preuves pour démontrer que le fait d'être exposé à des images dégradantes ou

---

(1) N° du greffe : 22191; non publiée au moment de la rédaction du présent document.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

déshumanisantes de la sexualité est nocif pour la société et, plus particulièrement, qu'il a une incidence défavorable sur les attitudes envers les femmes. Il a jugé que le droit vise au premier chef non pas l'approbation morale mais plutôt l'élimination du préjudice causé à la société, et qu'on ne peut passer sous silence l'empiétement sur le droit à l'égalité résultant de l'exposition à certains types de documents, écrits ou autres, violents et dégradants.

La pornographie, ou l'obscénité, constitue une question extrêmement complexe et difficile, qui relève à la fois de la morale et du droit(2). Les tentatives récentes visant à réformer le droit par voie législative n'ont pas porté de fruits. Les féministes et les groupes militant pour le respect des libertés civiles ont présenté des arguments diamétralement opposés; bon nombre d'instances qui sont traditionnellement en accord semblent être aux antipodes sur cette question.

CONTEXTE

L'affaire *Butler* a pris naissance à Winnipeg, où l'accusé a ouvert une boutique de vente et de location de vidoécassettes et de magasines de pornographie intégrale ainsi que d'accessoires à caractère sexuel. Il a été accusé, sous 250 chefs, d'avoir vendu des documents et desaccessoires obscènes, d'avoir eu en sa possession à des fins de distribution ou de vente et de tel documents et accessoires et d'avoir exposé à la vue du public des documents et des accessoires obscènes en contravention de l'article 159 (maintenant l'article 163) du *Code criminel*. Le paragraphe 163(8) du *Code* dispose qu'est réputée obscène toute publication dont une caractéristique dominante est l'exploitation indue des choses sexuelles, ou de choses sexuelles et de l'un ou plusieurs des sujets suivants, à savoir : le crime, l'horreur, la cruauté et la violence.

---

(2) Voir *La pornographie*, Bibliothèque du Parlement, bulletin d'actualité, 84-3F.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Le juge de première instance(3) a conclu que les documents obscènes étaient protégés par la garantie de liberté d'expression reconnue à l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a aussi conclu qu'à première vue l'article 1 de la Charte n'interdit légitimement que les documents qui renferment des scènes de violence ou de cruauté, accompagnées d'activités sexuelles ou illustrant une absence de consentement au contact sexuel ou toute autre activité considérée comme déshumanisante pour les femmes ou les hommes dans un contexte sexuel. Il a déclaré l'accusé coupable sous huit chefs d'accusation concernant huit films et il l'a acquitté des autres accusations.

Le ministère public a interjeté appel de l'acquittement, et la Cour d'appel du Manitoba, dans une décision rendue à la majorité de trois contre deux(4), a accueilli l'appel et déclaré l'appelant coupable sous tous les chefs d'accusation. La Cour a conclu, à la majorité, que les documents en question n'étaient pas protégés par la Charte puisqu'ils constituent une activité "purement physique" et comprennent l'exploitation indue des choses sexuelles et la dégradation de la sexualité humaine. Deux juges de la cour d'appel ont inscrit des jugements dissidents.

Sur pourvoi interjeté devant la Cour suprême du Canada, deux questions d'ordre constitutionnel ont été posées :

1. L'article 163 du *Code criminel* viole-t-il l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés?*
2. Le cas échéant, est-il justifiable en vertu de l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en tant que limite raisonnable prescrite par une règle de droit?

---

(3) (1989), 60 Man. R. (2d) 82, 50 C.C.C. (3d) 97, [1989] 6 W.W.R. 35, 72 C.R. (3d) 18, 46 C.R.R. 124 (Cour du banc de la Reine du Manitoba).

(4) (1990), 60 C.C.C. (3d) 219, [1991] 1 W.W.R. 97, 1 C.R. (4th) 309 (C.A. Man.).

RECYCLED-RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

MOTIFS DU JUGE SOPINKA

Le juge Sopinka, au nom de la Cour, a fait remarquer que d'autres parties de l'article 163 soulèvent d'importantes questions en vertu de la Charte, mais que le pourvoi en l'espèce était limité à l'analyse de la constitutionnalité du paragraphe 163(8).

Il a ensuite examiné l'historique législatif des dispositions en matière d'obscénité du *Code criminel* ainsi que l'interprétation judiciaire du paragraphe 163(8). La jurisprudence a établi que cette disposition fournit une définition exhaustive de l'obscénité en matière de "publications", terme qui désignerait les accessoires à caractère sexuel et d'autres objets dont la caractéristique dominante est l'exploitation des choses sexuelles.

Pour que l'ouvrage ou l'objet soit qualifié d'"obscène", l'exploitation des choses sexuelles doit non seulement constituer la caractéristique dominante, mais elle doit également être "indue". Pour déterminer quand l'exploitation des choses sexuelles sera considérée comme "indue", les tribunaux ont tenté de formuler des critères pratiques, dont le plus important est le critère de la "norme sociale de tolérance", qui a fait l'objet d'une analyse en profondeur. Ce critère vise non pas ce que les Canadiens ne toléreraient pas eux-mêmes de voir, mais bien ce qu'il ne toléreraient pas que les autres Canadiens voient. Il doit donc nécessairement évoluer au même rythme que la société.

Il est de plus en plus reconnu, dans la jurisprudence récente, que les documents dont on peut dire qu'ils exploitent les choses sexuelles d'une façon "dégradante ou déshumanisante" ne passeront nécessairement pas le test des normes sociales, même en l'absence de cruauté ou de violence. On en est venu à cette conclusion parce que ces documents entraînent un préjudice pour la société, particulièrement pour les femmes.

La dernière étape de l'analyse par laquelle il faut déterminer si l'exploitation des choses sexuelles est indue consiste à appliquer le critère des "besoins internes" ou le "moyen de défense fondé sur la valeur artistique". Il s'agit d'abord de déterminer si, d'après l'ensemble de l'oeuvre, il est possible de conclure qu'il existe un

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

objectif artistique sérieux et que l'exploitation des choses sexuelles joue un rôle justifiable dans le développement de l'intrigue ou du thème; il peut alors être présumé qu'elle joue un rôle légitime lorsqu'on l'évalue en fonction des besoins internes de l'oeuvre elle-même.

Comme le juge Sopinka le souligne dans les motifs du jugement, l'analyse de la jurisprudence ne mentionne pas la corrélation qui existe entre les critères. À cause de cette lacune, le texte législatif peut être attaqué en raison de son caractère imprécis et certain. Selon le juge Sopinka, il faut, si possible "combler cette lacune dans l'interprétation du texte législatif avant de le soumettre à un examen fondé sur la Charte" (Motifs du jugement : p. 30).

D'après le juge Sopinka, la pornographie peut être divisée en trois catégories : 1) les choses sexuelles explicites, accompagnées de violence, 2) les choses sexuelles explicites, non accompagnées de violence, mais qui assujettissent des personnes à un traitement dégradant ou déshumanisant, et 3) les choses sexuelles explicites, non accompagnées de violence, qui ne sont ni dégradantes ni déshumanisantes. Les tribunaux, poursuit-il, doivent déterminer, du mieux qu'ils le peuvent, ce que la société tolérerait que les autres voient en fonction du degré de préjudice qui peut en résulter. Le préjudice désigne le fait de prédisposer une personne à agir de façon antisociale, par exemple, maltraiter physiquement ou mentalement une femme. Plus fort sera le risque de préjudice, moins grandes seront les possibilités de tolérance. Le juge Sopinka revient ensuite aux trois catégories de pornographie qu'il a établi :

> [...] La représentation des choses sexuelles accompagnées de violence constitue presque toujours une exploitation indue des choses sexuelles. Les choses sexuelles explicites qui constituent un traitement dégradant ou déshumanisant peuvent constituer une exploitation indue si le risque de préjudice est important. Enfin, les choses sexuelles explicites qui ne comportent pas de violence et qui ne sont ni dégradantes ni déshumanisantes sont généralement tolérées dans notre société et ne constituent pas une exploitation indue des choses sexuelles, sauf si leur production comporte la participation d'enfants (p. 32).

Le besoin d'appliquer le critère des "besoins internes" surgit seulement si une oeuvre renferme des faits sexuellement explicites

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

qui, en eux-mêmes, constitueraient une exploitation indue des choses sexuelles. Il s'agit alors de déterminer si la représentation des choses sexuelles constitue l'objet principal de l'oeuvre ou si elle est essentielle à une fin artistique ou littéraire plus générale ou à une autre fin semblable. L'expression artistique est au coeur des valeurs relatives à la liberté d'expression et tout doute à cet égard doit être tranché en faveur de la liberté d'expression.

Le juge Sopinka se demande ensuite si le paragraphe 163(8) contrevient à la liberté d'expression garantie à l'alinéa 2b) de la Charte. Il rejette le point de vue de la majorité de la Cour d'appel du Manitoba, soit qu'en l'espèce, les documents n'avaient aucun contenu expressif et que les modes d'expression tombaient à l'extérieur du champ d'activité protégé. Aucune distinction ne peut, selon le juge Sopinka, être établie entre films et écrits.

Compte tenu de l'arrêt récent de la Cour suprême du Canada dans *R.* c. *Keegstra,* une interprétation libérale de la protection offerte par l'alinéa 2b) est préconisée. L'article 163 a précisément pour objet et pour effet de restreindre la communication de certains types de documents en fonction de leur contenu. En cherchant à interdire certains types d'activités expressives, cette disposition viole l'alinéa 2b) de la Charte.

Le juge Sopinka passe alors à l'autre étape de son analyse : le paragraphe 163(8) constitue-t-il une restriction intervenant dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

Il a été soutenu que l'article 163 est si vague qu'il est impossible de l'appliquer. Est-il "si obscur que les méthodes ordinaires ne permettent pas de lui donner une interprétation le moindrement exacte"? Le juge Sopinka a examiné la façon dont la disposition a été interprété par les tribunaux. À son avis, le fait qu'un terme législatif particulier soit susceptible de diverses interprétations par les tribunaux n'est pas fatal : souplesse n'est pas synonyme d'imprécision. Selon lui, les normes qui échappent à une définition technique précise, comme le terme "indu", font inévitablement partie du droit. Il en conclut que l'interprétation du paragraphe 163(8) dans les décisions antérieures permet de formuler une "norme intelligible".

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Certains ont prétendu qu'il existe plusieurs objectifs urgents et réels qui justifient la suppression de la liberté de distribution des documents obscènes, dont la volonté d'éviter le préjudice auquel donnent lieu les changements d'attitude antisociaux résultant de l'exposition de tels documents et le maintien, dans l'intérêt du public, d'une "société décente". Par contre, l'appelant a soutenu que l'article 163 visait à faire de l'État le "gardien des moeurs" en matière sexuelle et à imposer des normes subjectives de moralité.

Même si le Parlement ne peut imposer une certaine norme de moralité à l'égard du public et en matière sexuelle, à la lumière de la Charte, il a le droit de légiférer en se fondant sur une certaine conception fondamentale de la moralité aux fins de protéger les valeurs qui font partie intégrante d'une société libre et démocratique. Une bonne partie du droit pénal repose sur des conceptions morales du bien et du mal, et le simple fait qu'un texte législatif soit fondé sur la moralité ne le rend pas automatiquement illégitime. Selon le juge Sopinka, l'article 163 vise avant tout non pas a susciter la désapprobation morale, mais à éviter qu'un préjudice soit causé à la société.

La Cour s'est également posé la question suivante : la prévention du préjudice lié à la diffusion d'un certain type de documents obscènes constitue-t-elle une préoccupation suffisamment urgente et réelle pour justifier une restriction de la liberté d'expression? Elle a fait remarquer qu'on s'inquiète de plus en plus de ce que l'exploitation des femmes et des enfants, dans les publications et les films, puisse, dans certaines circonstances, conduire à une "victimisation abjecte et servile". Si la société veut parvenir à une véritable égalité entre les hommes et les femmes, elle ne peut ignorer la menace que présente pour l'égalité le fait d'exposer le public à certains types de documents violents et dégradants. Le juge Sopinka conclut donc que l'interdiction d'obscénité dans un texte législatif constitue un objectif valide qui justifie une certaine atteinte au droit à la liberté d'expression. Selon lui, la plupart des sociétés libres et démocratiques possèdent des textes législatifs de cette nature, et l'adoption de la Charte n'a pas eu pour effet de dépouiller brusquement le Parlement d'un pouvoir dont il jouissait

RECYCLED • RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

auparavant. À son avis, la disposition est conforme aux obligations internationales du Canada et a été jugée compatible avec la *Déclaration canadienne des droits*.

Le juge Sopinka continue :

> [...] L'industrie pornographique florissante rend la préoccupaton encore plus urgente et réelle qu'au moment où la disposition attaquée a été adoptée pour la première fois. Je conclus donc que l'objectif d'éviter le préjudice lié à la diffusion de matériel pornographique constitue, en l'espèce, une préoccupation suffisamment urgente et réelle pour justifier certaines restrictions au plein exercice du droit à la liberté d'expression (p. 49).

L'exigence de proportionnalité comporte trois aspects : l'existence d'un lien rationnel entre les mesures attaquées et l'objectif, l'atteinte minimale au droit ou à la liberté et l'équilibre approprié entre les effets des mesures restrictives et l'objectif législatif. Le juge Sopinka estime que pour déterminer si les critères de la proportionnalité sont respectés, il est important de garder à l'esprit la nature de l'expression qui a fait l'objet d'une atteinte. Les valeurs qui sous-tendent la protection de la liberté d'expression ont trait à la recherche de la vérité, à la participation au processus politique et à l'épanouissement personnel. L'objectif de la disposition attaquée n'est pas d'empêcher que soit célébrée la sexualité humaine. Selon le juge Sopinka : "À mon avis, le genre d'expression que l'on cherche à promouvoir n'est pas du même calibre que les autres genres d'expression qui touchent directement à l'"essence" des valeurs relatives à la liberté d'expression" (p. 51). Cette conclusion est, selon lui, aussi appuyée par le fait que les documents visés constituent une expression qui est motivée, dans la vaste majorité des cas, par le bénéfice économique; il se pourrait donc que des restrictions imposées à l'expression soient plus faciles à justifier que d'autres atteintes.

Le lien rationnel entre l'article 163 et l'objectif du Parlement a trait au véritable lien de causalité qui existe entre l'obscénité et le risque de préjudice pour la société en général. Bien qu'il puisse être difficile, voire impossible, d'établir l'existence d'un

RECYCLED/RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

lien direct entre l'obscénité et le préjudice causé à la société, il est raisonnable de supposer qu'il existe un lien causal entre le fait d'être exposé à des images et les changements d'attitude et de croyance. Par conséquent, il ne s'agit pas de trouver des preuves concluantes d'un lien causal, mais simplement de savoir s'il était raisonnablement justifié pour le Parlement d'intervenir. Le juge Sopinka estime que le Parlement avait le droit d'avoir une "appréhension raisonnée du préjudice" résultant de la désensibilisation des personnes exposées à des documents représentant des relations sexuelles dans un contexte de violence, de cruauté et de déshumanisation; il déclare donc ce qui suit : "En conséquence, j'estime qu'il existe un lien suffisamment rationnel entre l'objectif et la sanction pénale, qui, d'une part, montre la désapprobation de notre société à l'égard de la diffusion de matériel qui risque de victimiser les femmes et, d'autre part, restreint l'influence négative que ce genre de matériel risque d'avoir sur les changements d'attitude et de comportement" (p. 56-57).

Selon le tribunal, le régime législatif n'a pas à être "parfait", mais il doit être bien adapté au contexte du droit qui est violé. Plusieurs facteurs militent en faveur de la conclusion que la disposition porte le moins possible atteinte à la liberté en question. Premièrement, elle n'interdit pas les documents érotiques sexuellement explicites qui ne comportent pas de violence et qui ne sont ni dégradants ni déshumanisants. Elle est conçue de manière à viser les documents qui créent un risque de préjudice pour la société; il n'est pas nécessaire de prouver un préjudice réel : il est suffisant qu'il y ait un motif raisonnable de conclure qu'il s'ensuivra un préjudice. Deuxièmement, les documents qui ont une valeur scientifique, artistique ou littéraire ne sont pas visés par la disposition. Troisièmement, le tribunal peut légitimement tenir compte des tentatives antérieures infructueuses du Parlement de remplacer la définition par une autre plus explicite. Quatrièmement, la Cour a jugé que l'article attaqué n'englobe pas le fait d'utiliser ou de regarder en privé des documents obscènes. Sont visées seulement la distribution au public et l'exposition à la vue du public de tels documents.

RECYCLED/RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Quant au fait de pouvoir atteindre ces objectifs par d'autres mesures moins envahissantes, le juge Sopinka déclare ce qui suit :

> Une fois qu'il a été établi que l'objectif de la disposition est d'empêcher le préjudice causé par la dégradation que bien de femmes ressentent en tant que "victimes" du message d'obscénité, ainsi que l'incidence négative que le fait d'être exposé à ce matériel a sur la perception qu'on a des femmes et sur les attitudes envers elles, on ne saurait soutenir que ces préjudices pourraient être évités en restreignant l'accès à ce matériel. On ne peut atteindre le même objectif en rendant le matériel plus difficile à obtenir par une majoration des prix et par une réduction de son accessibilité (p. 60).

En outre, d'autres moyens comme l'éducation, l'établissement de refuges et l'aide aux femmes battues, etc., constituent des réactions au préjudice engendré par les attitudes négatives envers les femmes. Or, les dispositions en matière d'obscénité visent à contrôler la diffusion des images mêmes qui donnent naissance à ces attitudes. "Compte tenu de la gravité du préjudice et de la menace pour les valeurs en jeu, je ne crois pas que la mesure retenue par le Parlement soit comparable à celles qui ont été proposées" (p. 62). La formation peut, elle aussi, constituer un moyen de combattre les attitudes négatives envers les femmes, mais il n'y a aucune raison d'avoir recours à cette solution seulement. "Des problèmes sociaux graves comme la violence faite aux femmes requièrent l'adoption par le gouvernement de solutions à plusieurs volets. La formation et la législation constituent non pas des solutions de rechange, mais se complètent pour faire face à ces problèmes" (p. 62).

Selon le juge Sopinka, l'importance de l'objectif législatif ne cède pas le pas à la restriction apportée à la liberté d'expression. Il vise à empêcher le préjudice et, partant, à favoriser le respect de tous les membres de la société, les comportements non violents et l'égalité dans les relations mutuelles des gens.

En conclusion, le juge Sopinka indique que même si le paragraphe 163(8) viole la liberté d'expression garantie à l'alinéa 2b) de la Charte, il constitue une limite raisonnable et est sauvegardé par les dispositions de l'article 1. La Cour suprême accueille donc le pourvoi et ordonne la tenue d'un nouveau procès sur toutes les accusations.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

MOTIFS DU JUGE GONTHIER

Les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier ont souscrit de façon générale aux raisons invoquées par le juge Sopinka, mais ont ajouté quelques commentaires. Le juge Gonthier explique que c'est la conjonction de deux éléments, soit la *représentation* et le *contenu* des documents obscènes qui entraînent la responsabilité criminelle. L'obscénité n'est pas limitée aux actes décrits dans le *Code criminel*. Le Parlement a attribué un contenu plus large à l'obscénité parce quelle comporte une représentation : des activités pourraient être légales si elles se déroulaient entre adultes consentants, mais elles deviennent obscènes lorsqu'elles sont représentées.

La conjonction de la représentation et du contenu qui constituent l'obscénité sont à la source de nombreux maux. Les documents obscènes transmetent une image déformée de la sexualité humaine et peuvent amener des changements d'attitude et de comportement susceptibles de donner lieu à des abus et à des préjudices.

Par l'article 163 du *Code criminel*, le Parlement ne fait qu'interdire, et ne réglemente pas, la mise en circulation des documents obscènes. L'auditoire qui dispose des documents ou à qui ceux-ci sont présentés n'entre pas en ligne de compte. L'obscénité vise ici les documents dont le simple fait qu'ils soient accessibles au grand public suffit pour justifier une interdiction criminelle, quelle que soit la personne à qu'ils parviennent réellement.

Le juge Gonthier souscrit à la classification de la pornographie en trois catégories établies par le juge Sopinka, sauf à la troisième. En effet, il n'est pas disposé à affirmer d'une façon aussi catégorique que son collègue que ces documents échappent à l'application du paragraphe 163(8), car la classification du juge Sopinka est axée uniquement sur le contenu et passe sous silence la représentation. Il est tout à fait concevable que celle-ci puisse être nocive, même dans le cas où son contenu peut être jugé inoffensif. Selon les termes utilisés par le juge Gonthier : "Même dans le cas où le contenu du matériel n'est pas choquant en soi [...], la façon dont il est présenté peut rendre nocif pour la société un matériel inoffensif. Après tout, c'est l'élément de la

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

représentation qui confère à ce matériel son pouvoir suggestif, et il semble tout à fait concevable que ce pouvoir puisse causer un préjudice malgré l'apparent neutralité du contenu" (p. 10).

Les différences entre les divers moyens d'expression, selon le juge Gonthier, ne sont pas reconnues assez souvent dans les opinions relatives à l'article 163 du *Code criminel*. La probabilité de préjudice et la tolérance de la société peuvent varier en fonction du moyen d'expression, même si le contenu demeure le même ou n'est pas choquant en soi. Par conséquent, les documents qui entrent dans la troisième catégorie proposée par le juge Sopinka (les choses sexuelles explicites, non accompagnées de violence, qui ne sont ni dégradantes ni déshumanisantes), bien qu'ils soient généralement moins susceptibles de causer un préjudice, peuvent néanmoins relever de la définition de ce qui est obscène selon le paragraphe 163(8) si l'on juge que leur contenu (pédopornographie, par exemple) ou leur élément de représentation (le mode de représentation) peut causer un préjudice.

Le juge Gonthier examine également les notions de tolérance et de préjudice. L'évaluation du risque de préjudice dépend de la tolérance de la société. Il doit y avoir non seulement tolérance des documents, mais aussi tolérance du préjudice que celui-ci est susceptible de causer. Cette définition est entièrement compatible avec l'importance accordée au préjudice par la Cour à titre d'élément crucial dans l'interprétation de l'article 163. Si la société ne peut tolérer ce risque de préjudice, ces documents, quoique leur contenu puisse être ni violent, ni dégradant, ni déshumanisant, constitueront une exploitation indue des choses sexuelles.

Le juge Gonthier est du même avis que le juge Sopinka en ce qui concerne les aspects constitutionnels de l'affaire et ajoute certains commentaires. Il convient que le Parlement peut légiférer en vue de protéger "certaines conceptions fondamentales de la moralité", mais ce ne sont pas toutes les demandes fondées sur la moralité qui justifieront la suppression de droits garantis par la Charte. À son avis, elles doivent être fondées et porter sur des problèmes concrets; il ne doit pas s'agir simplement de divergences d'opinions ou de goûts. En outre, il doit

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

exister un consensus au sein de la population quant à ces prétentions. Selon le juge, la prévention d'un préjudice est un objectif moral valide selon l'article 1 de la Charte.

CONCLUSIONS

R. c. *Butler* constitue un arrêt déterminant pour un certain nombre de raisons. Il élimine, pour le moment, tout doute soulevé quant à la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* en matière d'obscénité. Ces articles soulèvent bon nombre de problèmes et de préoccupations, qui sont en revanche désormais connus. D'aucuns s'étaient inquiétés de ce que la *Charte canadienne des droits et libertés* serait utilisée pour annuler bon nombre de lois. Les affaires récentes touchant à l'avortement, à l'incapacité mentale, aux dispositions visant à protéger les victimes de viol, et ainsi de suite, semblaient justifier ces inquiétudes. Non seulement se demande-t-on si les tribunaux pourraient substituer leur jugement à celui des politiciens, mais le droit s'est trouvé plongé dans l'incertitude et le chaos. Dans l'arrêt *Butler*, toutefois, la Cour suprême a confirmé la démarche adoptée par le Parlement à l'égard de l'obscénité.

Les tentatives récentes de réforme législative en matière d'obscénité, qui ont lieu en 1986 et en 1988, se sont révélées infructueuses et ont soulevé la forte opposition de certains groupes. Outre la difficulté que suppose l'adoption de nouvelles dispositions législatives lorsque les articles en vigueur sont annulés, il faut penser également à tout le temps et à toute l'énergie qui sont généralement nécessaires pour que le processus soit mené à bien. Il est possible qu'il soit très difficile d'établir un consensus quelconque quant aux règles de droit qui devraient remplacer les dispositions actuelles. Il est intéressant que le juge Sopinka ait tenu compte des tentatives antérieures infructueuses du Parlement visant à remplacer la définition par une autre plus explicite avant de décider si la disposition portait une atteinte minimale à la liberté d'expression.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Cette décision est aussi extrêmement importante parce qu'elle reconnaît le préjudice causé à la société en général et aux femmes en particulier par des représentations dégradantes et déshumanisantes des choses sexuelles. Selon un expert américain, la décision de la Cour suprême fait du Canada le premier pays au monde à reconnaître dans son droit l'existence d'un lien entre la pornographie intégrale et la violence perpétrée contre les femmes. Les féministes et les groupes de femmes, notamment, ont accueilli avec joie la décision du tribunal. Le fait que cette décision soit unanime -- même si deux des neuf juges de la Cour suprême seraient allés plus loin -- est particulièrement important à cet égard. L'arrêt *Butler* transmet un message très ferme et sans équivoque.

La Cour donne également des directives quant à l'application des décisions en matière d'obscénité. L'analyse que fait le juge Sopinka des critères visant à déterminer ce qui constitue une "exploitation indue", soit le critère de la norme sociale de tolérance, le critère d'un traitement dégradant ou déshumanisant, ainsi que celui des besoins internes (appelé aussi "moyen de défense fondé sur la valeur artistique") -- est très claire et utile. Sa catégorisation de la pornographie possède également son utilité, même si les juges de la Cour suprême ne s'entendent pas sur la troisième catégorie.

RECYCLED / RECYCLÉ